

# VECHTEN TEGEN WINDMOLENS. HET REPRESENTATIVITEITSVEREISTE BIJ IDEËLE VORDERINGEN ALS IDEE-FIXE

Eddy Bauw\*

Een motie van de Tweede Kamer over het representativiteitsvereiste bij ideële vorderingen bij collectieve acties heeft voor veel ophef gezorgd. In deze bijdrage staat de vraag centraal of de in de motie gevraagde strengere toetsing aan het vereiste de juiste remedie is voor de zorgen van Kamerleden over het gebruik van collectieve acties door belangenorganisatie en of daarvoor alternatieven bestaan.

## 1 Inleiding

Don Quichot zag windmolens aan voor reuzen en een kudde schapen voor een leger. De associatie met het boek van Cervantes komt boven bij de recente 'hype' in de Tweede Kamer rond het representativiteitsvereiste in artikel 3:305a BW. Het komt niet vaak voor dat een motie wordt ingediend over een ontvankelijkheidsvereiste in het Burgerlijk Wetboek. De beoefenaren van het civiele recht zijn, anders dan die in het strafrecht, een dergelijke belangstelling niet gewend. De Don Quichot in kwestie is het Kamerlid Stoffer (SGP), dat de motie indiende, vergezeld door de leden Eerdmans (JA21) en Van der Plas (BBB), en de windmolens c.q. reuzen zijn de gevaren die zouden uitgaan van de wijze waarop rechters invulling geven aan het vereiste van artikel 3:305a BW. De analogie met de kudde schapen kan de lezer het beste zelf maken. Wel kan hier worden geconstateerd dat de motie kennelijk een gevoelige snaar in de Kamer raakte, want hij werd door een meerderheid gesteund.<sup>1</sup>

**De motie-Stoffer heeft flink de aandacht getrokken en stevige reacties uitgelokt. Zo is zij al betiteld als 'onrechtsstatelijk' en wordt de indiener beticht van zagen aan de stoelpoten van de rechtsstaat en van het nemen van een loopje met de rechtsstaat**

De motie heeft flink de aandacht getrokken en stevige reacties uitgelokt. Zo is zij al betiteld als 'onrechtsstatelijk'<sup>2</sup> en wordt de indiener beticht van zagen aan de stoelpoten van de rechtsstaat<sup>3</sup> en van het nemen van een loopje met de rechtsstaat.<sup>4</sup> Er wordt zelfs een verband gelegd met een vrees voor tirannie.<sup>5</sup> Veelzeggend is ook dat een brede coalitie van maatschappelijke organisaties in een gezamenlijke brief aan de minister voor Rechtsbescherming vrees uitspreekt voor een 'onacceptabele inperking [...] van de maatschappelijke ruimte'.<sup>6</sup> Dat zijn harde woorden, zeker in een tijd waarin de rechtsstaat onder druk staat.

Bij het lezen van de motie vraagt men zich in eerste instantie af of al deze reuring niet wat overdreven is. De motie vraagt niet om een ingrijpende wijziging van wetgeving of beleid, maar verzoekt de regering slechts om 'te verkennen in hoeverre voor belangenorganisaties met een ideëel doel op grond van artikel 3:305a BW nadere vereisten met het oog op de representativiteit gesteld moeten worden'. Wat is er mis met een verkenning, zou je zeggen.<sup>7</sup> Sterker nog, de Kamer zou er goed aan doen vaker om een verkenning te vragen voordat allerlei stevige uitspraken worden gedaan. Maar dat terzijde.

De angel zit hem dan ook niet zozeer in het dictum van de motie, maar in de ondertoon die spreekt uit de overwegingen. Daarin wordt 'geconstateerd' dat 'geen indringende toets op de representativiteit door de rechter lijkt te worden toegepast' en 'dat belangenorganisaties die rechtszaken tegen de Staat aanspannen op grond van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek, overwegend door anderen dan de direct belanghebbenden, mogelijk zelfs met subsidie,

\* Prof.dr.mr. E. Bauw is hoogleraar Aansprakelijkheidsrecht en Rechtspleging aan de Universiteit Utrecht en programmaleider van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging aan die universiteit.

- 1 *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 37.
- 2 A.W. Heringa, 'De onrechtsstatelijke motie-Stoffer c.s. en de positie van belangengroepen', *Europa Nu* 8 maart 2023, [www.europa-nu.nl/id/vm17jyu5zojkl](https://fd.nl/opspraak/vm17jyu5zojkl).
- 3 K. Klinkspoor & J. Mol, 'Voor de bühne', *FD* 24 februari 2023, <https://fd.nl/opspraak/14686781-vce3caRSdByl>.
- 4 M. Suijker & B. van Bon, 'Law and order', *FD* 24 februari 2023, <https://fd.nl/opspraak/14686781-vce3caRSdByl>.
- 5 B. van Hattum & T. Lambooy, 'De Tweede Kamer vertrouwt de rechter steeds minder', *FD* 28 februari 2023, <https://fd.nl/opspraak/14689521-vce3caRSdByl>.
- 6 Reactie maatschappelijke organisaties op motie-Stoffer c.s. (nr. 36169-37), [www.greenpeace.org/static/planet4-netherlands-stateless/2023/03/399e0496-2303-reactie-maatschappelijke-organisaties-op-motie-stoffer-c.s.-aan-minister-weerwind.pdf](https://www.greenpeace.org/static/planet4-netherlands-stateless/2023/03/399e0496-2303-reactie-maatschappelijke-organisaties-op-motie-stoffer-c.s.-aan-minister-weerwind.pdf).
- 7 Stoffer zelf vraagt zich in het *FD* van 24 februari 2023 ook af 'waar zijn ze zo bang voor'.



Foto: iStock.com/CloudVisual  
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

kunnen worden gefinancierd'. Een nogal suggestieve ondertoon van (kennelijke) misstanden en broeiend ongenoegen: rechters die hun werk niet goed zouden doen en procedures tegen de Staat die op dubieuze wijze zouden worden gefinancierd.

Nog duidelijker spreekt deze ondertoon uit wat de indiener schrijft op de website van de SGP:

'Klimaatbeleid is een zaak van de politiek, en niet van de rechter. Ik ben daarom blij dat de Tweede Kamer de SGP-motie steunt om een betere toets te hebben op allerlei actiegroepen die met juridische middelen politiek beleid blokkeren. Het primaat van de politiek moet terug.'

Hier komt het lek boven. De motie appelleert aan het ongenoegen dat al langer bij een deel van de politiek bestaat over een verschijnsel in de civiele rechtspraak dat we kennen als *public interest litigation*: het procederen bij de rechter over publieke belangen door belangenorganisaties.<sup>8</sup> Vooral de rechterlijke uitspraken in de *Urgenda*-zaak hebben de politiek scherp laten zien wat hiervan de gevolgen kunnen zijn.<sup>9</sup> Dat dit heeft geleid tot enige wrijving en overdenking bij Kamerleden is begrijpelijk. Dat is in de juridische literatuur en zelfs binnen de rechterlijke macht niet anders geweest. Over weinig kwesties is zoveel geschreven de laatste jaren.

De vragen die in deze bijdrage centraal staan zijn of een strengere toetsing aan het representativiteitsvereiste, dan wel de aanscherping van dat vereiste, de juiste manier is om de zorgen van Kamerleden weg te nemen en of daarvoor geen

alternatieven bestaan. Voor het antwoord zal ik eerst ingaan op de voorgeschiedenis van het vereiste (par. 2), de totstandkoming van de huidige regeling (par. 3) en de invulling van het vereiste (par. 4). Vervolgens beschouw ik de alternatieven (par. 5) en rond af met een conclusie (par. 6).

**De vragen die in deze bijdrage centraal staan zijn of een strengere toetsing aan het representativiteitsvereiste, dan wel de aanscherping van dat vereiste, de juiste manier is om de zorgen van Kamerleden weg te nemen en of daarvoor geen alternatieven bestaan**

## 2 Het representativiteitsvereiste in retrospectief

Om maar met de deur in huis te vallen: het representativiteitsvereiste is te elfder ure het collectieve-actierecht ingeslopen. Met collectieve-actierecht doel ik dan op de rechtsingang die stichtingen of verenigingen wordt geboden om op te komen voor een groeps- of algemeen belang, zonder dat het daarbij gaat om het verhaal van schade. Dit actierecht werd in 1994 in de wet (art. 3:305a BW) opgenomen,<sup>10</sup>

8 Zie hierover nader E. Bauw, *Politieke processen. Over de rol van de civiele rechter in de democratische rechtsstaat* (oratie Utrecht 2017; Montaigne-reeks 6), Den Haag: Boom juridisch 2017.

9 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

10 Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 269.

nadat het al twintig jaar eerder door de Utrechtse hoogleraar Verburgh was bepleit<sup>11</sup> en vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw in de rechtspraak was aanvaard.<sup>12</sup> Die aanvaarding zag eerst en vooral op wat wij nu in de bewoordingen van het zesde lid van artikel 3:305a BW zouden betitelen als 'vorderingen met een ideëel doel'. Opvallend is dat de ontwikkeling van het collectieve-actierecht al direct werd gekoppeld aan een verandering in de houding van de burger ten opzichte van de overheid. Zo schreef Van Nispen al in 1988 dat de overheid niet langer wordt gezien 'als het instituut dat exclusief bepaalt wat het algemeen belang vergt en hoe dat moet worden behoord'.<sup>13</sup> Volgens Frenk hing dit 'ongetwijfeld [...] samen met het afnemende vertrouwen van de burger in de overheid als de behartiger van algemene belangen'.<sup>14</sup>

## De wetgever van 1994 heeft weloverwogen gekozen om voor de ontvankelijkheid van belangenorganisaties niet het representativiteitsvereiste te stellen

Dat het parlement in die tijd dezelfde mening was toegedaan blijkt uit het feit dat de aanvaarding van het collectieve-actierecht in de rechtspraak werd omarmd en met de introductie van artikel 3:305a BW een wettelijke basis kreeg. Daarbij werd wel expliciet in de wet neergelegd (lid 3) dat in een collectieve actie 'een vordering van schadevergoeding te voldoen in geld' niet mogelijk was. Bemoeienis met het algemeen belang door belangenorganisaties via een rechtsingang bij de civiele rechter vond men prima, het binnenhalen van *class actions* Amerikaanse stijl was een brug te ver. Die stap werd pas genomen met de inwerkingtreding van de WAMCA in 2020, maar daar kom ik zo op. Eerst moet worden vastgesteld dat de wetgever van 1994 weloverwogen heeft gekozen om voor de ontvankelijkheid van belangenorganisaties niet het representativiteitsvereiste te stellen. Geconstateerd werd dat in de rechtspraak de eis niet werd gesteld, dan wel zeer wisselend werd ingevuld.<sup>15</sup> Men vond het beter om een waarborg op te nemen tegen ongewilde belangenbehartiging en het initiatief hiervoor te leggen bij degenen die vinden dat daarvan sprake is. Daartoe werd in lid 5 opgenomen:

'Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.'

Als bij een groepsactie – waarin individuele vorderingsrechten van een in beginsel<sup>16</sup> af te bakenen groep worden gebundeld – de leden van de groep van oordeel zijn dat de belangenorganisatie die een vordering heeft ingesteld niet representatief is – en er dus sprake is van 'ongewilde belangenbehartiging' – deze leden de gevolgen van de rechterlijke uitspraak niet hoeven te aanvaarden. Zij hebben dan ook een alternatief omdat hun ook een individuele

vordering toekomt, waarmee zij zich tot de rechter kunnen wenden. Meteen werd daarbij onderkend dat dit bij algemeenbelangacties – waarin het gaat het om het voorkomen of tegengaan van een gedraging die inbreuk maakt op normen die de belangen van (vrijwel) een ieder beschermen – niet mogelijk is. In dat geval gaat het om een belang dat zich niet leent voor bescherming door middel van een individuele rechtsvordering. Bovendien zal een individuele burger zich niet aan de gevolgen van een rechterlijke uitspraak in een algemeen belang kunnen onttrekken. Hierop ziet de laatste zinsnede van lid 5.

Van belang voor de huidige discussie is verder te constateren dat de wetgever van destijds zich ook weinig zorgen maakte over een mogelijk gebrek aan representativiteit en ongewilde belangenbehartiging. In de memorie van toelichting lezen wij:

'De belangen die zich voor bundeling in een collectieve vordering lenen kunnen vermogensbelangen betreffen, maar ook meer ideëel getinte belangen. Met de actie kan worden opgekomen voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken. Bij de meer ideëel getinte belangen doet het daarbij niet ter zake dat niet ieder lid van de samenleving evenveel waarde aan deze belangen hecht. Mogelijk is zelfs dat de belangen waarvoor men in de procedure wenst op te komen, in botsing komen met ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving. Dit op zichzelf zal een collectieve actie niet in de weg staan. [...] Het hoeft niet te gaan om de belangen van een scherp te omlijnen groep anderen. Het kan ook gaan om de belangen van een onbepaalbare, zeer grote groep personen.'<sup>17</sup>

Het voorgaande maakt duidelijk dat de wetgever bij de invoering van het collectieve-actierecht: 1) het behartigen van een algemeen belang bij de civiele rechter door een stichting of vereniging expliciet niet afhankelijk wilde maken van een representativiteitstoets, laat staan een strikte toets, en 2) het feit dat niet iedereen in de samenleving zich zal kunnen vinden in de door deze organisaties ingestelde vordering niet aan de ontvankelijkheid van die vordering in de weg zou moeten staan. De jurisprudentie sloot hier naadloos op aan. De Hoge Raad maakte meermaals duidelijk dat de wetgever er bewust van heeft afgezien voor ontvankelijkheid de eis te stellen 'dat de collectieve actie kan rekenen op de steun van een aanmerkelijk deel van de in aanmerking komende belanghebbenden' en dat het feit dat een '(al dan niet) aanmerkelijk deel' van de belanghebbenden niet instemt met het doel van de collectieve actie of zich daar zelfs tegen verzet niet aan ontvankelijkheid in de weg staat.<sup>18</sup>

### 3 Het representativiteitsvereiste bij ideële vorderingen

Dat de representativiteitseis toch zijn intrede heeft gedaan in het collectieve-actierecht is het gevolg van het loslaten van de beperking dat een collectieve actie geen betrekking kan hebben op het vergoeden van schade. Waar de wetgever dit in 1994 nog juridisch-technisch te complex en politiek ongewenst vond,<sup>19</sup> vroeg massaschade als maatschappelijk verschijnsel steeds meer de aandacht en werd gezocht naar wegen om de collectieve afwikkeling daarvan te bevorderen. De schikking die door partijen

11 M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang. Verdediging van kollektieve belangen via de burgerlijke rechter* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

12 Zie voor een overzicht van de rechtspraak in deze fase N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 81 e.v.

13 C.J.J.C. van Nispen, 'De kinderjaren van de collectieve actie', in: M.B.W. Biesheuvel (red.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 5.

14 Frenk 1994, p. 7.

15 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 21.

16 'In beginsel', omdat de afbakening van de groep in veel gevallen nog niet zo eenvoudig zal zijn.

17 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 22.

18 HR 26 februari 2010, ECLI: NL:HR:2010:BK5756 (*Plaza-casa*) en HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:EK4549 (*SGP*).

19 Frenk 1994, p. 283.

was bereikt over de afwikkeling van de schade die de Des-dochters ten gevolge van het slikken van het Des-hormoon door hun moeders hadden geleden, was de directe aanleiding voor de totstandkoming in 2005 van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).<sup>20</sup> Daarmee werd voorzien in de mogelijkheid om een collectieve schikking over de afwikkeling van massaschade tussen één of meer belangenorganisaties en de partij(en) die voor vergoeding van die massaschade is/zijn aangesproken verbindend te verklaren voor alle vorderingsgerechtigde benadeelden. Door de verbindendverklaring worden de individuele benadeelden gebonden aan de schikkingsovereenkomst als ware zij daar partij bij geweest. Vanwege dit ingrijpende effect moesten enerzijds benadeelden de mogelijkheid worden geboden om zich door middel van een opt-out-verklaring daaraan te onttrekken. Anderzijds was het nodig om nadere eisen te stellen aan de organisatie die ter behartiging van de financiële belangen van benadeelden een vaststellingsovereenkomst sluit. Deze organisatie moet onder meer 'voldoende representatief' zijn 'ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten' (art. 7:907 lid 3 onder f BW).

## Dat de representativiteitseis toch zijn intrede heeft gedaan in het collectieve-actierecht is het gevolg van het loslaten van de beperking dat een collectieve actie geen betrekking kan hebben op het vergoeden van schade

Dat ontvankelijkheidsvereisten worden aangescherpt op het moment dat leden van een groep zo direct individueel rechtsgevolgen ondervinden van een rechterlijke uitspraak, ligt in de rede. Het feit dat die rechtsgevolgen op collectieve en bindende wijze worden afgedwongen voor een groep schadelijders, die geen procespartij zijn, vereist dat die schadelijders ten volle moeten kunnen vertrouwen op de belangenorganisatie die hen daarbij vertegenwoordigt. Dat geldt temeer bij de verdere uitbreiding van mogelijkheden om tot afwikkeling van massaschade te komen, die in 2020 plaatsvond met de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling van massaschade in een collectieve actie (WAMCA).<sup>21</sup> De WAMCA biedt de mogelijkheid voor belangenorganisaties om een collectieve afwikkeling van massaschade bij de rechter eenzijdig te kunnen afdwingen als er geen collectieve schikking tot stand komt. Dit gaat nog een flinke stap verder dan het gezamenlijk verzoek tot verbindend verklaren van een collectieve schikking, dat met de WCAM mogelijk werd. Het was dan ook van meet af aan duidelijk dat met de komst van deze mogelijkheid de ontvankelijkheidseisen verder zouden worden aangescherpt.<sup>22</sup> Het ging daarbij vooral om eisen aan (de kwaliteit van) het bestuur van de belangenorganisatie, de transparantie ervan en het toezicht erop.<sup>23</sup> Daarnaast werd nu ook aan artikel 3:305a lid 2 BW de eis toegevoegd dat de organisatie 'voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen'.

Dit strengere regime voor belangenorganisaties die vergoeding van massaschade vorderen (hierna: 'claimorganisaties') zou echter niet moeten gelden voor de hierboven beschreven 'traditionele' collectieve acties; de collectieve acties die al mogelijk waren onder het oorspronkelijke, in 1994 ingevoerde, artikel 3:305a en strekten tot bescherming van een algemeen of groepsbelang met een verbods- of bevelsactie of verklaring van recht. Gelet op het voorgaande, was er, anders dan bij claimorganisaties, voor belangenorganisaties met een ideële vordering ter behartiging van een groeps- of algemeen belang geen aanleiding om zwaardere ontvankelijkheidseisen te stellen. Om deze reden werd in lid 6 van artikel 3:305a BW een uitzondering opgenomen voor rechtsvorderingen met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de benadeelde personen daartoe aanleiding geeft. In dat geval hoeft niet aan het merendeel van de ontvankelijkheidseisen (destijds de leden 2, 3 en 5, thans lid 2 subonderdelen a-e) te worden voldaan, inclusief het representativiteitsvereiste. De minister benadrukte nog eens het belang van het onderscheid tussen claimorganisaties en traditionele belangenorganisaties: met lid 6 werd beoogd 'voldoende ruimte te laten voor organisaties die nu een belangrijke rol spelen in het handhaven van collectieve belangen in collectieve acties en die per definitie niet zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding'.<sup>24</sup> Zoals hierboven duidelijk werd, was dit geheel in lijn met wat de wetgever in het verleden ten aanzien van dit vereiste heeft overwogen.

Het in de laatste fase van de behandeling van het wetsvoorstel WAMCA in de Tweede Kamer ingediende amendement brak met deze consistente lijn. Door het amendement geldt de uitzondering van lid 6 niet voor het representativiteitsvereiste nu dat in de aanhef van lid 2 is opgenomen, terwijl de wel onder de uitzondering vallende ontvankelijkheidsvereisten zijn opgenomen in de subonderdelen a-e. Zoals het zo vaak gaat met amendementen lijken de consequenties ervan weinig doordacht. Uit de uiterst summiere toelichting blijkt dat de indieners vreesden dat het niet hoeven te voldoen aan het representativiteitsvereiste bij ideële vorderingen de deur open zou zetten 'voor vorderingen met winstoordeel en/of vorderingen zonder nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer, terwijl een afdoende rechtvaardiging daarvoor ontbreekt'. Het amendement zou ervoor zorgen 'dat de massaschadeprocedure niet openstaat voor vorderingen door onrepresentatieve rechtspersonen met winstoordeel zonder band met Nederland'.<sup>25</sup> Uit alle bewoordingen blijkt dat het amendement beoogde om te voorkomen dat lid 6 als een sluiproute zou kunnen worden gebruikt door claimorganisaties die andere beperkingen willen omzeilen. Hoe deze route er precies uit zou zien, maakt de toelichting niet duidelijk. Wellicht zag men destijds ook al windmolens aan voor zeuren. Wat hier ook van zij, niets wijst erop dat de indieners zorgen hadden over de representativiteit van traditionele belangenorganisaties in algemeenbelangacties, zoals deze in de motie-Stoffer worden uitgesproken. Dit, terwijl daar op dat moment wel aanleiding voor zou zijn geweest. Het gerechtshof Den Haag had immers twee maanden eerder arrest gewezen in de *Urgenda*-zaak<sup>26</sup> en dat had de discussie over de verhouding

<sup>20</sup> Stb. 2005, 380. De WCAM behelsde een toevoeging van de artikelen 7:907-7:910 BW aan titel 7:15 (vaststellingsovereenkomst) en een invoeging van een titel 14 aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1013-1018 Rv).

<sup>21</sup> Stb. 2019, 130.

<sup>22</sup> Zie reeds de aanbevelingen van een 'Juristengroep' in reactie op de consultatieversie van een eerdere versie van het wetsvoorstel WAMCA, zie *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 74-80.

<sup>23</sup> Deze eisen werden in overwegende mate ontleend aan de principes in de Claimcode voor belangenorganisaties die in 2011 tot stand was gekomen. In 2019 is de Claimcode herzien (Commissie Claimcode, *Claimcode 2019*, Den Haag: Boom juridisch 2019).

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 11.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, nr. 14.

<sup>26</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

tussen rechter en politiek, die naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank,<sup>27</sup> was uitgebroken, weer fors doen opslaan.<sup>28</sup>

Het kan raar lopen in wetgevingsland. Of, om te spreken met de bekende – waarschijnlijk ten onrechte aan Otto von Bismarck toegeschreven – quote 'Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden'. Hoewel het mijn stellige overtuiging is dat het een onbedoeld effect is van het amendement dat in algemeenbelangacties aan het representativiteitsvereiste zou moeten worden voldaan, wordt aan dit 'haakje' in lid 2 van artikel 3:305a BW door de motie-Stoffer nu een zwaar en principieel gewicht toegekend.

## Het is wrang te noemen dat de Tweede Kamer eerst door toedoen van een rammelend amendement de rechter het bos in stuurt en vervolgens in een motie verwijten maakt over de wijze waarop de rechter daarin probeert een weg te vinden

### 4 De invulling van het vereiste

Het voorgaande maakt duidelijk dat de rechter door de wetgever met een verre van duidelijke taak werd opgezadeld. Zowel de tekst van de aanhef van lid 2 als de wetsgeschiedenis bieden nauwelijks aanknopingspunten voor de invulling van het representativiteitsvereiste bij algemeenbelangacties. De wettekst verwijst naar 'de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen'. Een formulering die past bij een financiële massaclaim, maar niet bij de vordering van een verbod door een milieuorganisatie. Ook de (schaarse) toelichting is geheel gewijd aan vorderingen van claimorganisaties die ertoe strekken om tot afwikkeling van massaschade te komen. Dit waren immers – voordat het amendement uit de lucht kwam vallen – de enige vorderingen waarvoor het vereiste zou gaan gelden. Het is wrang te noemen dat de Tweede Kamer eerst door toedoen van een rammelend amendement de rechter het bos in stuurt en vervolgens in een motie verwijten maakt over de wijze waarop de rechter daarin probeert een weg te vinden. Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat de rechtspraak met betrekking tot de toepassing van het representativiteitsvereiste in algemeenbelangacties iets meer dan drie jaar na invoering nog geen eenduidig en haarscherp beeld geeft. Hier komt bij dat de Afdeling advisering van de Raad van State in het verleden niet voor niets waarschuwde voor sterk uiteenlopende beoordelingen van de ontvankelijkheid, die tot rechtsonzekerheid en, onder omstandigheden, zelfs tot willekeur zouden kunnen leiden.<sup>29</sup> De Afdeling kwalificeerde de representativiteitseis als 'te vaag en enigszins willekeurig'<sup>30</sup> en een 'onvoldoende helder omljnd en uitgekristalliseerd begrip'.<sup>31</sup>

De rechtspraak tot ongeveer halverwege 2022 is in kaart gebracht door De Monchy & Kluwen<sup>32</sup> en door Sweerts & Hackeng.<sup>33</sup> Daaruit blijkt dat in een aantal zaken (ten onrechte) het representativiteitsver-

eiste niet is toegepast. In zaken waarin het vereiste wel werd toegepast is dat casuïstisch ingevuld en dat levert nog geen duidelijk toetsingskader op. Wel wordt van belangenorganisaties gevraagd inzichtelijk te maken dat zij over een *relevante achterban* beschikken. Niet verwonderlijk. Voor algemeenbelangacties is dit immers het enige enigszins bruikbare aanknopingspunt in het tweede lid. Maar ook dan is niet duidelijk hoe moet worden ingeschat wanneer die achterban als voldoende representatief moet worden aangemerkt. Zoals Van der Helm terecht stelt, is het 'nog niet zo eenvoudig te bepalen hoe moet worden vastgesteld of een belangenbehartiger representatief is, als diens achterban niet kan worden afgezet tegen een grotere groep mensen met eenzelfde belang'.<sup>34</sup> En hoe moet deze verhouding worden ingeschat? Is een aantal van 300.000 adhesieverklaringen voldoende om te oordelen dat een stichting voldoende representatief is voor alle Nederlanders?<sup>35</sup>

Ook in de literatuur is men zoekende naar een zinvolle invulling van het vereiste. Er wordt door sommigen gesteld dat het bij een ideële actie vaak praktisch onmogelijk of onwenselijk is om een concrete achterban te verzamelen en daarom zou moeten worden volstaan met een 'lichtere toets' dan bij collectieve vorderingen van claimorganisaties.<sup>36</sup> Daartegenover staan anderen, in het bijzonder Sweerts & Hackeng, die 'willen voorkomen dat willekeurige belangenorganisaties zich opwerpen als de behartigers van de belangen van anderen, zonder dat daarvoor voldoende draagvlak bestaat' en daarom juist pleiten voor een uitgebreid toetsingskader met zowel kwantitatieve als kwalitatieve elementen zonder daarbij onderscheid te maken naar type collectieve actie.<sup>37</sup> Het door hen voorgestelde toetsingskader is interessant en biedt wellicht potentie om in de rechtspraak op voort te bouwen. Wel lijkt het mij in de toepassing (nog) te complex en vereist het een grote hoeveelheid informatie, waarvan de betrouwbaarheid lastig te garanderen lijkt zonder in uitgebreide bewijslevering terecht te komen. In de context van de motie-Stoffer is echter belangrijker dat op voorhand niet duidelijk zal zijn wat de praktische implicaties van de toepassing van het kader zal zijn; welke beperkingen voor toegang het daadwerkelijk zal opleveren voor algemeenbelangacties.

Het is dan ook zeer de vraag of dit uitgewerkte juridische toetsingskader de indieners van de motie-Stoffer gerust zal stellen. Zij lijken meer gericht op een praktisch resultaat, namelijk het beperken van de vorderingsmogelijkheden voor (vooral een bepaald type) belangenorganisatie, dan op het helder krijgen van een ordeningsprincipe voor de toepassing van het representativiteitsvereiste. Tegen dat door hen kennelijk gewenste resultaat wordt, zoals in de inleiding duidelijk werd, terecht in stevige bewoordingen opgekomen. Het zou ten koste gaan van de effectieve en efficiënte rechtsbescherming die de Hoge Raad, waar het gaat om het collectieve-actierecht ter behartiging van algemene belangen, steeds centraal heeft gesteld vanaf het *Nieuwe Meer*-arrest<sup>38</sup> tot en met het *Urgenda*-arrest.<sup>39</sup> Het beperken van de toegang tot de rechter om zo de politiek onwelgevallige uitspraken te besparen berust op een oneigenlijke gedachte en zou – en dat is belangrijker – afbreuk doen aan de rechtsbescherming die een rechtsstaat behoort te bieden, in het bijzonder de effectieve

27 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

28 Zo kwam de uitspraak van het hof aan de orde in het debat over de begroting Justitie en Veiligheid op 20 november 2018. Daarin stelde het Kamerlid Baudet (FvD) de vraag of de staatssecretaris zijn opvatting deelde dat 'activistische rechters, al dan niet via een een-tweetje met het Europees Hof, niet-bindende verdragen tot bindend recht proberen te maken, en ook kunnen maken?'. *Handelingen II* 2018/19, nr. 25, item 29, p. 80.

29 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 4, p. 2.

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 10.

31 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 4, p. 2.

32 M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak', *MvV* 2022, afl. 3, p. 90-91.

33 T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, 'Eén voor allen en allen door één: over representativiteit in het collectieve actierecht', *NTBR* 2022/33, p. 284-294.

34 J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie* (diss. Leiden; Serie Burgerlijk Proces & Praktijk), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 298.

35 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

36 Zie o.m. T.S.F. Houtvast, 'Representativiteit onder de WAMCA', *MvO* 2022, afl. 3-4, p. 81 en De Monchy & Kluwen 2022, p. 86.

37 Sweerts & Hackeng 2022, p. 293.

38 HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741 (*Nieuwe Meer*).

39 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.9.2.

handhaving van grondrechten ten opzichte van de overheid. Het roept ook belangrijke rechtsstatelijke vragen op, zoals hoe de motie zich verhoudt tot de verplichting uit artikel 13 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) om een effectieve remedie te verschaffen in gevallen van schending van de bepalingen van het EVRM. Voor het type collectieve actie waarop de pijlen van de indieners vooral lijken te zijn gericht (grootweg de categorie 'natuur en milieu'), komt daar nog bij dat de aanscherping van de representativiteitseis voor milieuorganisaties minst genomen op gespannen voet lijkt te staan met het Verdrag van Aarhus, dat in artikel 9 lid 3 in verbinding met artikel 2 lid 5 belangenorganisaties toegang tot de rechter garandeert om op te komen tegen de schending van het milieurecht.<sup>40</sup>

## Het beperken van de toegang tot de rechter om zo de politiek onwelgevallige uitspraken te besparen zou afbreuk doen aan de rechtsbescherming die een rechtsstaat behoort te bieden, in het bijzonder de effectieve handhaving van grondrechten ten opzichte van de overheid

### 5 Alternatieve benaderingen

Inmiddels heeft de minister voor Rechtsbescherming een voor belangenorganisaties bemoedigende reactie gegeven op de motie-Stoffer. Hij is van mening dat '[a]lgemeen erkend wordt dat de rechter de representativiteit van de belangenorganisatie indringend toetst' en dat hierdoor '[b]elangenorganisaties ervaren dat de toegang tot de rechter door deze indringende ambtshalve toetsing van het representativiteitsvereiste moeilijker is geworden sinds de inwerkingtreding van de WAMCA, juist ook voor ideële vorderingen die niet gericht zijn op het verkrijgen van schadevergoeding'. Hij ziet (vooral nog) geen reden om de rechter via wetgeving een strengere toetsing op te leggen. De toetsing is streng genoeg. Verder verwijst hij naar een monitor van de WAMCA die jaarlijks plaatsvindt<sup>41</sup> en een wetsevaluatie van de WAMCA in 2025, waarin (uiteraard) ook het representativiteitsvereiste zal worden meegenomen.<sup>42</sup>

Deze rustige toon kan worden toegejuicht. Het is echter de vraag of dit de kou uit de lucht zal kunnen halen bij de indieners. Reuzen veranderen niet vanzelf terug in windmolens. Een wisseling van perspectief zou de indieners daarbij kunnen helpen. Ik doe hier een poging. Zoals ik in de inleiding schreef, is het begrijpelijk dat er Kamerleden zijn die de ontwikkeling van *public interest litigation* zorgelijk vinden. Zij zoeken de oplossing echter in de verkeerde hoek. Allereerst zou men zich kunnen realiseren dat voor het afdwingen van de 'indringende toets op de representativiteit door de rechter' die zij wensen een wetswijziging nodig zal zijn. Dat duurt al gauw enkele jaren, terwijl uit de motie een gevoel van urgentie naar voren komt. Verder zou men zich de vraag moeten stellen hoe die wijziging eruit zal moeten zien om het

doel dat zij met de motie nastreven te bereiken. Men zal zich realiseren dat geen enkel toetsingskader op voorhand die garantie zal kunnen geven. Hierboven bleek al dat representativiteit waar het gaat om collectieve acties naar haar aard een criterium is dat niet kan worden dichtgetimmerd. Het besef zal vervolgens kunnen doorbreken dat het representativiteitsvereiste niet het juiste vehikel is en dat er alternatieven zijn. Een 'redelijk alternatief' voor een indringender representativiteitstoets zou kunnen zijn het verrijken van het debat dat in procedures over collectieve acties plaatsvindt. Met andere woorden: meer 'inspraak' van derden in de gerechtelijke procedure. Langs deze weg kan de *representatie* van meerdere groepen in het debat dat in de procedure plaatsvindt worden versterkt. Daarvoor biedt bestaande wetgeving ook al voldoende gelegenheid. Waar doel ik op?

In de eerste plaats is dat het benutten van de mogelijkheid door belangenorganisaties die opkomen voor andere belangen dan de eisende partij om te interveniëren in de civiele procedure.<sup>43</sup> Als de belangen waarvoor die andere organisaties opkomen nadelige (feitelijke of juridische) gevolgen kunnen ondervinden van de uitspraak in het geding, staat in beginsel de weg open voor voeging of tussenkomst (art. 217 e.v. Rv).<sup>44</sup> Bij voeging schaarft de derde zich aan de zijde van een van de partijen in de procedure en bij tussenkomst neemt hij een zelfstandige positie in tussen de procespartijen. In deze gevallen mengt de derde zich op eigen initiatief in het processuele debat in de procedure om zeker te stellen dat bij de beslissing door de rechter met zijn belangen rekening wordt gehouden. Gebruikmaking van deze mogelijkheid kan het debat in algemeenbelangacties verrijken doordat 'ook andere geluiden' tot hun recht kunnen komen en andere delen van de samenleving zich gehoord voelen. Als ik het goed zie, is de onvrede van de indieners onder meer gelegen in de (door hen gepercipieerde) eenzijdigheid van de algemeenbelangacties. Bovendien wordt het voor de rechter nog duidelijker welke impact zijn beslissing zal hebben op andere belangen dan de belangen waarvoor de eisende organisatie opkomt. Dit alles kan bijdragen aan de legitimiteit van rechterlijke uitspraken in algemeenbelangacties bij bredere groepen in de samenleving.

Inmiddels zijn er al eerste tekenen dat belangenorganisaties dit spoor hebben gevonden. Recent voorbeeld is het hoger beroep van het vonnis in de zaak *Milieudefensie/Shell*<sup>45</sup> waarin zich twee belangenorganisaties hadden gemeld met verzoeken tot tussenkomst en/of voeging.<sup>46</sup> De Stichting Climate Intelligence (Clintel) komt op voor de belangen van personen die het er niet mee eens zijn dat het huidige klimaatbeleid wordt gebaseerd op klimaatwetenschap die ervan uitgaat dat sprake is van (kort gezegd) een klimaatcrisis. De stichting Milieu & Mens (M&M) komt op voor het belang van energiegevoelende burgers. Met de representativiteit van beide stichtingen was het hof snel klaar (wellicht nu wel met instemming van de indieners): beide beschikken over een achterban en zijn daarmee voldoende representatief om hun vorderingen te kunnen instellen. Uit de beslissingen van het hof op deze verzoeken blijkt dat voor een succesvolle vordering tot tussenkomst de belangenorganisatie voldoende concreet duidelijk zal moeten maken wat zij daarmee wil bereiken. Voor voeging geldt dat de organisatie zich aan een van

40 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, 25 juni 1998, *Trb.* 1998, 289, voor Nederland in werking getreden op 29 maart 2005, *Trb.* 2005, 22.

41 De jaarlijkse monitor vindt plaats ter uitvoering van een toezegging tijdens een plenaire debat over de WAMCA in de Tweede Kamer (*Handelingen II* 2018/19, 34608, nr. 44, item 6, p. 14).

42 Brief aan de Tweede Kamer van 17 april 2023. *Kamerstukken II* 2022/23, 36169, nr. 36.

43 Zie eerder E. Bauw, 'Inspraak in de civiele rechtspraak', in: E. Bauw e.a., *Inspraak in de rechtspraak: de rol van derden in de procedure* (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 25-36.

44 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5241, *NJ* 2014/58 en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768.

45 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

46 Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:735 en hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:736.

beide kanten in de procedure zal moeten scharen. Er kan niet worden volstaan met het louter vertolken van (van beide procespartijen) afwijkende standpunten. De vorderingen tot tussenkomst en voeging van Clintel werden mede daarom afgewezen. De vordering tot voeging van M&M werd toegewezen. Zij had voldoende duidelijk gemaakt dat de feitelijke gevolgen van de toewijzing van de vorderingen van Milieudéfensie nadelig kunnen zijn voor haar achterban doordat de prijzen van fossiele brandstoffen daardoor zullen stijgen. M&M krijgt nu de gelegenheid haar standpunten schriftelijk toe te lichten.

Naast deze mogelijkheden op initiatief van andere belangenorganisaties kan de rechter in algemeenbelangacties ook aan partijen vragen hem te informeren over andere dan de partijbelangen die door zijn uitspraak kunnen worden geraakt. Hij kan hier ook gebruik maken van zijn ruime discretionaire bevoegdheid om een ambtshalve (schriftelijk) bericht of een (mondeling) verhoor van deskundigen te bevelen (art. 194 lid 1 Rv).

## De indieners van de motie-Stoffer zouden meer vertrouwen moeten tonen in de rechtspraak door de rechter zijn weg zelf te laten vinden. Ook moeten zij zich ervan bewust zijn dat het bij algemeenbelangacties gaat om kwesties die de rechtsstaat raken en dat het 'morrelen' aan de toegang tot deze acties al snel kan worden begrepen als het ondermijnen van de rechtsstaat

In aanvulling op deze opties voor de feitelijke instanties zou kunnen worden overwogen om de 'inspraak' van derden in een algemeenbelangactie ook op het niveau van de Hoge Raad te vergroten. Dit kan door de mogelijkheid tot het maken van schriftelijke opmerkingen door anderen dan partijen als bedoeld in artikel 393 Rv uit te breiden tot buiten het geval waarin prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad. Met deze bepaling beoogde de wetgever de Hoge Raad de mogelijkheid geven 'een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de juridische en maatschappelijke context van het geschil'.<sup>47</sup> Het belang van een dergelijke optie is in veel algemeenbelangacties niet minder groot. En het goede nieuws is dat voor deze uitbreiding geen wetswijziging nodig lijkt te zijn. De Hoge Raad heeft het gebruik van de mogelijkheid tot het maken van schriftelijke opmerkingen al uitgebreid naar cassatie in het belang der

wet 'ingeval dat daartoe naar het oordeel van de Hoge Raad aanleiding bestaat'.<sup>48</sup> Die aanleiding zou in algemeenbelangacties van groot maatschappelijk gewicht zeker kunnen bestaan. Er is al eerder gepleit voor een algemene bevoegdheid voor de Hoge Raad om de mogelijkheid tot het maken van schriftelijke opmerkingen door anderen dan partijen te openen indien hij dat passend vindt met het oog op de te verwachten gevolgen van zijn uitspraak.<sup>49</sup> Die derden, zoals maatschappelijke organisaties, zouden ook op zitting gehoord moeten kunnen worden om nadere uitleg te kunnen geven. Een breed debat stelt de rechter beter in staat tot het maken van afwegingen en werkt legitimerend voor de uiteindelijke uitspraak. Op welke bezwaren zou het stuiten om deze mogelijkheid ook te openen voor feitenrechtters in artikel 3:305a BW-zaken?

## 6 Conclusie

Afrondend kan worden geconcludeerd dat de indieners van de motie-Stoffer op een dwaalspoor zitten. Een dwaalspoor dat bij een ongelukkig amendement is uitgezet en uitmondt in een doodlopende weg. Het afdwingen van een indringender toets van de representativiteit van belangenorganisaties zal bij gebrek aan geschikte en betrouwbare maatstaven en een overdaad aan variatie in casuïstiek niet alleen moeilijk toepasbaar zijn, maar ook niet tot een uitkomst leiden waar zij tevreden mee zouden zijn. Zij zouden meer vertrouwen moeten tonen in de rechtspraak door de rechter zijn weg zelf te laten vinden. Ook moeten zij zich ervan bewust zijn dat het bij algemeenbelangacties gaat om kwesties die de rechtsstaat raken en dat het 'morrelen' aan de toegang tot deze acties al snel kan worden begrepen als het ondermijnen van de rechtsstaat. Laat aan de andere kant ook niet iedereen meteen in de hoogste boom klimmen en deze Kamerleden betichten van het onderuithalen van de rechtsstaat. Er is al polarisatie genoeg. Er moet een evenwicht worden gevonden tussen 'het vermijden van excessen en het garanderen van een effectieve toegang tot de rechter voor groepen en entiteiten'.<sup>50</sup> Als we ervan uitgaan dat het de indieners te doen is om een evenwichtiger gebruik van en een debat rond algemeenbelangacties, dan is dat legitiem, maar richten zij hun pijlen in de verkeerde richting. Er zijn andere effectievere middelen om dat te bereiken dan die waar de motie op ziet en die niet de stekels bij rechtsstatelijk Nederland omhoog doen gaan. Hoewel de procedure bij de civiele rechter van oudsher hermetisch is en zich afspeelt tussen twee partijen, is duidelijk dat er in het bijzonder in algemeenbelangacties behoefte is aan het toelaten van geluiden van buiten. Bestaande wetgeving biedt daarvoor al mogelijkheden die kunnen worden uitgebreid tot een volwaardige amicus-curiae-inbreng in civiele algemeenbelangacties.<sup>51</sup> Laat het debat daarover gaan. Reuzen worden dan weer windmolens en dat ziet er een stuk vriendelijker uit.

47 *Kamerstukken II* 2010/11, 3612, nr. 3, p. 6.

48 HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342. Zie echter ook reeds: HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523.

49 C.E. Drion, 'Het spanningsveld in cassatie tussen geschilbeslechting en rechtsvorming', *NJB* 2014/1507, p. 2017 en E. Bauw 2019, p. 25-36, op p. 33. De WRR pleitte al in 2002 in zijn rapport *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (Den Haag 2002) voor 'meer mogelijkheden vanuit de samenleving om een rol te spelen bij de rechtsvorming, bijvoorbeeld door als amicus curiae een standpunt naar voren te brengen' (p. 272, zie ook p. 197).

50 W. Vandenbussche, 'De helaasheid van algemeen belangacties en groepsacties in België', *NTBR* 2022/27.

51 In het bestuursrecht is hier voor de hoogste rechters al een ruime grondslag voor gecreëerd in art. 8:12b Awb.